

Kraków, dnia 2 listopada 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Włodzimierz Meres

Firma Handlowo-Uslugowa „SANIT-BUD”

ul. Górników 3/22, 30-819 Kraków

reprezentowany przez:

r.pr. Dawid Pantak

Kancelaria Radcy Prawnego

ul. Łużycka 53/78, 30-658 Kraków

telefon: 668 501 984

e-mail: dawid.pantak@legalkp.pl

Zamawiający:

Urząd Miasta Imielin

ul. Imielińska 81, 41-407 Imielin

telefon: (32) 225 55 05, (32) 225 41 37

e-mail: przetargi@imielin.pl

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Termomodernizacja budynków zaplecza sportowego przy ulicy Hallera 37A w Imielinie.” Część nr 2 – Roboty instalacyjne związane z systemem centralnego ogrzewania (Numer referencyjny: GK.271.29.2020)

1. Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa [które wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz wydrukiem komputerowym z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej stanowią załączniki od 1 do 3 do niniejszego odwołania], na podstawie art. 180 ust. 2 pkt. 6 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) [dalej: „ustawa Pzp”] wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu

- o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy.
2. Przedmiotem zamówienia jest „Termomodernizacja budynków zaplecza sportowego przy ulicy Hallera 37A w Imielinie.” Część nr 2 – Roboty instalacyjne związane z systemem centralnego ogrzewania (Numer referencyjny: GK.271.29.2020).
 3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 września 2020 r. pod numerem 590467-N-2020.
 4. Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy to:
 - 1) zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne C.O. i GAZ Józef Jeziorski [dalej: Instalatorstwo Sanitarne”] (a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą);
 - 2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne;
 - 3) prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości.
 5. Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:
 - 1) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne z postępowania (a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą) podczas gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
 - 2) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne z postępowania (a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą) podczas gdy wykonawca co najmniej w wyniku lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
 - 3) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne podczas gdy wykonawca ten nie przedstawił wraz z ofertą dokumentu kosztorysu ofertowego w wersji uproszczonej;
 - 4) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości.
 6. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne (a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą);
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne;
- 3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 10.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

UZASADNIENIE

7. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Termomodernizacja budynków zaplecza sportowego przy ulicy Hallera 37A w Imielinie.” Część nr 2 – Roboty instalacyjne związane z systemem centralnego ogrzewania (Numer referencyjny: GK.271.29.2020). Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

BRAK MOŻLIWOŚCI PEŁNIENIA FUNKCJI KIEROWNIKA BUDOWY

8. W rozdziale VIII SIWZ (zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków”) w punkcie 2 podpunkt 2.3.2 Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

„W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu zdolności technicznych lub zawodowej zamawiający będzie żądać od Wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (...) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Warunek zostanie spełniony, gdy Wykonawca wykaże, że dysponuje co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie pozwalającym na kierowania robotami budowlanymi związanymi z instalacją centralnego ogrzewania i urządzeń gazowych.

W wykazie należy zamieścić informacje na temat kwalifikacji zawodowych tych osób, doświadczenia i wykształcenia, zakresu wykonywanych przez nią czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. Udowodnienie, iż wskazane osoby z uprawnieniami mogą sprawować samodzielne funkcje jw. spoczywa wyłącznie na Wykonawcy. W przypadku podpisania umowy z Wykonawcą, do wykonania robót budowlanych zostaną dopuszczone przez Zamawiającego wyłącznie osoby, które posiadają uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych

w budownictwie. Wraz z wykazem osób Wykonawca składa oświadczenie, iż osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają uprawnienia do samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.”

9. W projekcie umowy (stanowiącym załącznik numer 3 do SIWZ) w § 6 pkt 2 zostało określone: „Niezależnie od obowiązków określonych w innych postanowieniach Umowy do obowiązków Wykonawcy, w ramach ustalonego wynagrodzenia, należy (...) zapewnienie wykwalifikowanej kadry osób posiadających właściwe uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi, stanowiącymi przedmiot niniejszej umowy oraz inne uprawnienia wymagane przez Zamawiającego, a wskazane w SIWZ.”
10. Obowiązek ustanowienia kierownika budowy wynika również z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 1333, z późn. zm.) [dalej: „prawo budowlane”] do obowiązków inwestora należy zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w szczególności zapewnienie objęcia kierownictwa budowy przez kierownika budowy.
11. Pismem z dnia 23 października 2020 r. zatytułowanym „Wezwanie do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu” Zamawiający wezwał wykonawcę Instalatorstwo Sanitarne do dostarczenia (między innymi) wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia.
12. Wykonawca Instalatorstwo Sanitarne odpowiedział na wezwanie pismem z dnia 26 października 2020 r. Wykonawca przedstawił „Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponować wykonawca i które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia”, którego wzór stanowił załącznik numer 5 do SIWZ.

Jako kierownika budowy wykonawca wskazał Panią Anielę Dylong. W kolumnie, w której należało wskazać kwalifikacje zawodowe, posiadane wykształcenie w wymaganym zakresie, posiadane uprawnienia i doświadczenie, wykonawca wskazał „uprawnienia budowlane”.

Ponadto wykonawca załączył dokument „Uprawnienia budowlane” dla Pani Anieli Dylong z dnia 31 grudnia 1974 r. Z dokumentu wynika, że Pani Aniela Dylong otrzymała w specjalności instalacji urządzeń sanitarnych uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowy instalacji i urządzeń sanitarnych w obiektach budowlanych z **wyjątkiem budowy skomplikowanych instalacji i urządzeń sanitarnych** oraz do sporządzenia projektów instalacji i urządzeń sanitarnych w obiektach budowlanych z wyjątkiem jak wyżej.

13. Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 104 prawa budowlanego osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

14. Uprawnienia Pani Anieli Dylong zostały przyznane na podstawie rozporządzenia Przewodniczącego Komitetu Budownictwa, Urbanistyki i Architektury z dnia 10 września 1962 r. w sprawie kwalifikacji fachowych osób wykonujących funkcje techniczne w budownictwie powszechnym (Dz.U. nr 53, poz. 266) [dalej: „rozporządzenie w sprawie kwalifikacji fachowych”].

W § 1 ust 5 powyższego rozporządzenia zawarta jest definicja skomplikowanych instalacji i urządzeń sanitarnych. Zgodnie z tym przepisem ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o „skomplikowanych instalacjach i urządzeniach sanitarnych”, należy przez to rozumieć:

- 1) instalacje i urządzenia sanitarne w obiektach budowlanych z pomieszczeniami zaliczonymi do I i II kategorii niebezpieczeństwa pożarowego w rozumieniu przepisów techniczno-budowlanych,
 - 2) **instalacje i urządzenia: ogrzewania wodnego systemu zamkniętego**, ogrzewania parowego o temperaturze pary powyżej 115°C, wszelkiego ogrzewania przez promieniowanie, ogrzewania zdalacyjnego obsługiwane przez kotłownie, kotłownie wodne i parowe niskiego ciśnienia o wydajności powyżej 400.000 kcal/h oraz wszelkiego typu węzły cieplne,
 - 3) instalacje i urządzenia pełnej i częściowej klimatyzacji oraz instalacje i urządzenia wentylacji o mechanicznym pobudzeniu, obsługującej pomieszczenia o różnym przeznaczeniu,
 - 4) instalacje i urządzenia gaśnicze przeciwpożarowe, z wyjątkiem instalacji kranów przeciwpożarowych wodnych, nie wymagających specjalnej obsługi,
 - 5) instalacje i urządzenia hydroforowe i przepompownie o wydajności ponad 1,5 l/sek., lokalne oczyszczalnie wody i ścieków - nie zaliczone przez obowiązujące przepisy do budownictwa specjalnego, instalacje i urządzenia wodociągowe oraz kanalizacji zewnętrznej na terenie nieruchomości o powierzchni przekraczającej 2,0 ha,
 - 6) instalacje gazowe o ciśnieniu powyżej 0,03 at nadciśnienia.
15. Powyższe oznacza, że Pani Aniela Dylong może kierować budową lub robotami budowlanymi jedynie w obiektach budowlanych z podanymi wyżej ograniczeniami dotyczącymi skomplikowanych instalacji i urządzeń sanitarnych.

Tożsama interpretacja przedstawiona jest na stronie internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa.

Dowód: *Wydruk komputerowy ze strony internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa (załącznik numer 4 do niniejszego odwołania)*

- na okoliczność ustalenia jaki jest zakres uprawnień budowlanych osób, które otrzymały uprawnienia na podstawie rozporządzenia w sprawie kwalifikacji fachowych z wyjątkiem budowy skomplikowanych instalacji i urządzeń sanitarnych

16. Przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje instalacje i urządzenia: ogrzewania wodnego systemu zamkniętego. Zostało to jednoznacznie wskazane w Specyfikacji Technicznej Wykonania I Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) stanowiącej część załącznika numer 7 do SIWZ.

Wskazuję treść dokumentu STWiORB IS.09.01.01 Kotłownia gazowa, punkt 1.4.4., gdzie wskazano „Instalacja ogrzewcza systemu zamkniętego - Instalacja ogrzewcza w której przestrzeń wodna (zład) nie ma swobodnego połączenia z atmosferą.” oraz punkt 1.4.1. „Instalacja ogrzewcza wodna – Instalację ogrzewczą wodną stanowi układ połączonych przewodów napełnionych wodą instalacyjną, wraz z armaturą, pompami i innymi urządzeniami (w tym grzejnikami wymiennikami, nagrzewnicami itp.) oddzielony zaworami od źródła ciepła. W szczególnej sytuacji, instalacja ogrzewcza może składać się z części wewnętrznej i części zewnętrznej.”

Przedmiotowe zamówienie dotyczy wymiany grzejników oraz wykonania części instalacji ogrzewczej **w układzie zamkniętym**, zarówno dla obiegu centralnego ogrzewania (wymiana grzejników), jak i obiegu ładowania zasobnika w przypadku dla których źródłem ciepła są kotły gazowe, które muszą pracować **w układzie zamkniętym**.

17. Ponadto zwracam uwagę, że jednym z podstawowych obowiązków wykonawcy, który uzyska zamówienie publiczne, będzie wymiana kotłów. Wykonawca Instalatorstwo Sanitarne w dokumencie „Wykaz oferowanych urządzeń” przedstawionym wraz z ofertą podał, że oferuje kocioł o modelu VC 206/5-5, typ ecoTEC plus i modelu 365/5-5, których producentem jest Vailant.

Odwołujący dotarł do instrukcji obsługi zaoferowanych przez wykonawcę Instalatorstwo Sanitarne kotłów. Załączona instrukcja znajduje zastosowanie zarówno dla kotła o modelu VC 206/5-5, jak i dla modelu 365/5-5 (co wynika z punktu 2.3. załączone instrukcji – strona 6).

W instrukcji obsługi wyraźnie wskazane jest, że „W przypadku niefachowego lub niezgodnego z przeznaczeniem zastosowania, mogą wystąpić niebezpieczeństwa dla zdrowia i życia użytkownika lub osób trzecich bądź zakłócenia działania produktu i inne szkody materialne. Produkt zaprojektowano jako urządzenie grzewcze do **zamkniętych** instalacji grzewczych oraz do podgrzewania wody.” (punkt 1.2 na stronie 3 instrukcji obsługi).

Dowód: Instrukcja obsługi kotłów zaoferowanych przez wykonawcę Instalatorstwo Sanitarne, tj. kotłów o modelu VC 206/5-5, typ ecoTEC plus i modelu 365/5-5, których producentem jest Vailant (załącznik numer 5 do niniejszego odwołania)

- na okoliczność ustalenia, że kocioł został zaprojektowany do zamkniętych instalacji grzewczych.

18. Tożsama sytuacja dotyczy naczyń przeponowych.

Załącznik numer 7 do SIWZ, projekt kotłowni, rysunek s 3 przewiduje montaż naczyń przeponowych (zostały oznaczone jako element 8e).

Odwołujący dotarł do instrukcji montażu, eksploatacji i konserwacji naczynia „reflex”, które jest najbardziej rozpowszechnionym rozwiązaniem w tym zakresie (przed modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 8 października 2020 r. naczynia przeponowe zostały opisane przez użycie nazwy własnej – właśnie „reflex”).

W instrukcji jest wyraźnie wskazane, że: „naczynia Reflex przeznaczone są do przejmowania zmian objętości czynnika w **zamkniętych** układach grzewczych, solarnych i chłodniczych.” (Zakres zastosowania / parametry pracy na pierwszej stronie instrukcji).

Dowód: *Instrukcja instrukcji montażu, eksploatacji i konserwacji naczynia „reflex” (załącznik numer 6 do niniejszego odwołania)*

- na okoliczność ustalenia, że naczynia przeponowe przeznaczone są dla układów zamkniętych.

19. Wszystkie wskazane wyżej okoliczności jednoznacznie wskazują, że przedmiot zamówienia obejmuje instalacje i urządzenia: ogrzewania wodnego systemu zamkniętego. Takie zamówienie podpada pod „skomplikowane instalacje i urządzenia sanitarne” w rozumieniu rozporządzenia w sprawie kwalifikacji fachowych. Tym samym Pani Aniela Dylong, która została wskazana przez wykonawcę Instalatorstwo Sanitarne do pełnienia funkcji kierownika budowy, **nie posiada uprawnień do pełnienia takiej funkcji na tej inwestycji.**

WPROWADZENIE W BŁĄD

20. Tym samym doszło do wprowadzenia Zamawiającego przez wykonawcę Instalatorstwo Sanitarne w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp.
21. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Oznacza to, że do zastosowania tego przepisu muszą zostać spełnione trzy przesłanki:

- 1) wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, zataił informacje, lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów;
- 2) nastąpiło to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;
- 3) informacje dotyczyły podlegania wykluczeniu, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów.

22. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Oznacza to, że do zastosowania tego przepisu muszą zostać spełnione trzy przesłanki:

- 1) wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd;
- 2) nastąpiło to w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa;
- 3) informacje przekazane przez wykonawcę miały istotny wpływ na decyzję zamawiającego.

23. W niniejszym przypadku doszło do spełnienia przesłanek określonych zarówno w art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wykonawca Instalatorstwo Sanitarne podał nieprawdziwą informację, że Pani Aniela Dylong posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi na inwestycji będącej przedmiotem zamówienia, podczas gdy Pani Aniela Dylong nie posiada takich uprawnień.

Wprowadzenie w błąd nastąpiło w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (sporządzonym według wzoru, który stanowił załącznik numer 2 do SIWZ) dołączonym do oferty – gdzie wykonawca oświadczył, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jak również w „Wykazie osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia” (sporządzonym według wzoru, który stanowił załącznik numer 5 do SIWZ) – gdzie wykonawca podał nieprawdziwą informację, że Pani Aniela Dylong posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi na inwestycji będącej przedmiotem zamówienia.

Informacje te nie są prawdziwe, gdyż zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa Pani Aniela Dylong nie posiada uprawnień do kierowania robotami budowlanymi na inwestycji.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 kwietnia 2002 r. wydanym w sprawie o sygnaturze akt II CKN 1095/99 „We wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.”

24. Wprowadzenie w błąd nastąpiło w wyniku celowego działania. Podkreślam, że wykonawca Instalatorstwo Sanitarne jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą. Wykonawca – zgodnie z wydrukiem komputerowym z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej przedstawionej w dniu 26 października 2020 r. – prowadzi działalność w zakresie wykonywania instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych. Co więcej, działalność jest prowadzona aż od 1978 roku, czyli już ponad 40 lat.

Należy podkreślić, że zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 1740) należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Tym samym wobec wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne, jako przedsiębiorcy i to działającego bardzo długo na rynku, wymagana jest surowsza staranność od staranności ogólnie wymaganej.

Nie sposób uznać, żeby wykonawca działający ponad 40 lat na rynku nie widział jakie należy posiadać uprawnienia, żeby móc kierować określonymi rabatami budowlanymi. Wiedza na ten temat jest powszechna dla wszystkich przedsiębiorców działających w branży budowlanej, jak również osób pełniących funkcje kierowników budowy. Jak podkreśla się w orzecznictwie Sądu Najwyższego: „Należyta staranność dłużnika, określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej (art. 355 § 2 KC), obejmuje także **znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.**” (Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 17 sierpnia 1993 r., sygn. akt III CRN 77/93).

Tym samym wykonawca wprowadzając w błąd chciał wywołać określone skutki.

Z daleko idącej ostrożności procesowej – w przypadku gdyby Skład Odrzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie uznał, że wprowadzenie w błąd nastąpiło w wyniku zamierzonego działania – to podkreślam, że czynność ta już z całą pewnością nastąpiła w wyniku rażącego niedbalstwa. Wykonawca naruszył bowiem w tej sytuacji elementarne reguły prawidłowego zachowania i podstawowe zasady ostrożności.

25. Wreszcie wskazuję, że wykonawca Instalatorstwo Sanitarne przedstawił informacje wprowadzające w błąd dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Warunkiem udziału w postępowaniu było bowiem dysponowanie osobą mającą uprawnienia do kierowania robotami na inwestycji.

Ponadto informacja ta mogła mieć istotny wpływ (i w istocie miała) na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Gdyby Zamawiający wiedział o tym, że osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika budowy, Pani Aniela Dylong, nie posiada odpowiednich uprawnień, to nie zaakceptowałby Pani Anieli Dylong jako kierownika budowy. Jednak przez wprowadzenie w błąd Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne jako najkorzystniejszą, czego nie zrobiłby gdyby nie został wprowadzony w błąd.

26. Podkreślam również, że w związku z faktem, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, to **nie jest możliwe wezwanie wykonawcy do uzupełnienia** dokumentu „Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia”. Wskazuję na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące tego zagadnienia:

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2019 r., sygn. akt KIO 272/19: „Złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 wskazanej ustawy.”
- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2017 r., sygn. akt KIO 1978/17: „Złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.)”
- 3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 619/17: „W przypadku stwierdzenia zawinonego działania wykonawcy wprowadzającego w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji przez wykonawcę, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wykluczenia odwołującego z postępowania bez obowiązku zamawiającego do wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579).”

KWESTIA KOSZTORYSU

27. W rozdziale IX SIWZ (zatytułowanym „Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców”) w punkcie 1 Zamawiający przewidział, że wymaga złożenia formularza ofertowego – wg wzoru określonego w załączniku nr 1 do SIWZ wraz z kosztorysem ofertowym w wersji uproszczonej.

Należy podkreślić, że pismem z dnia 8 października 2020 r. „Informacja o zmianie treści SIWZ” Zamawiający dokonał modyfikacji niektórych z postanowień SIWZ. Modyfikacja nastąpiła w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów odwołania w postępowaniu prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygnaturze akt KIO 2515/20. Postanowienie rozdziału IX punkt 1 nie zostało jednak zmodyfikowane, co oznacza, że obowiązywało nadal, a w konsekwencji wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z formularzem ofertowym kosztorys w wersji uproszczonej.
28. Bezsprzecznym jest, że do oferty wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne nie został dołączony kosztorys ofertowy w wersji uproszczonej.
29. Zamawiający nie zdecydował się w treści SIWZ precyzyjnie określić, jaki jest charakter kosztorysu ofertowego w wersji uproszczonej - to znaczy, czy stanowi on treść oferty *sensu stricte*, czy też jest on dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (czyli dokumentem określonym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zamawiający nie zdecydował się również na dodanie do SIWZ postanowień precyzujących skutki braku złożenia kosztorysu wraz z ofertą.

30. Odwołujący stoi na stanowisku, że skoro Zamawiający wymagał, żeby kosztorys ofertowy w wersji uproszczonej został złożony wraz z ofertą, to w takim przypadku dokument ten stanowi treść oferty *sensu stricte*. Jeżeli bowiem miałby być on dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, to w takim wypadku jego złożenie nie byłoby wymagane przez wszystkich wykonawców wraz z formularzem ofertowym, lecz wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie (zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp).
31. W związku z powyższym oferta wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ.
32. Z daleko idącej ostrożności procesowej podnoszę jednak, że gdyby Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stał na stanowisku, że dokument kosztorysu ofertowego w wersji uproszczonej był dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, a w konsekwencji podlegał procedurze uzupełnienia określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to w takiej sytuacji Odwołujący stawia zarzut z ostrożności: naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne do złożenia dokumentu kosztorysu ofertowego w wersji uproszczonej, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie zawierała tego dokumentu.
33. Bezsprzeczne jest bowiem, że kosztorys ofertowy ani nie został przedstawiony przez wykonawcę Instalatorstwo Sanitarne wraz z ofertą, ani nie został przedłożony na późniejszym etapie. Tymczasem w SIWZ znajduje się wyraźna informacja o konieczności przedstawienia tego dokumentu. Odstąpienie od tego obowiązku wobec jednego wykonawcy stanowi nie tylko naruszenie wcześniej postawionych reguł w SIWZ, ale również zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

KWESTIE FORMALNE

34. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy Instalatorstwo Sanitarne z postępowania oraz nie zaniechał czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, to w takim przypadku oferta Odwołującego byłaby ofertą ocenioną jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Odwołujący z dużym prawdopodobieństwem uzyskałby zamówienie publiczne.
35. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę.
36. Odwołujący otrzymał za pośrednictwem poczty elektronicznej ogłoszenie o wynikach postępowania w dniu 27 października 2020 r. Pięciodniowy termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przypadł w dniu 1 listopada 2020 r. (niedziela). Jednocześnie jednak zgodnie

z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Tym samym termin na wniesienie odwołania w przedmiotowej sprawie upływa w dniu 2 listopada 2020 r. (poniedziałek).

37. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jednocześnie odwołanie następuje wobec wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym na podstawie art. 180 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp odwołanie jest dopuszczalne.
38. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, że niniejsze zamówienie udzielane jest jako część zamówienia. W treści SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający pouczył również w treści SIWZ wykonawców o możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, w tym o możliwości złożenia odwołania.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, w przypadku gdyby wartość szacunkowa zamówienia okazała się jednak ostatecznie mniejsza niż równowartość 30.000 euro, a w konsekwencji na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp do postępowania nie znalazłyby zastosowania przepisy ustawy Pzp, a odwołanie podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, to wnoszę o obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego, jako że jest podmiotem odpowiedzialnym za wynik postępowania odwoławczego.

Wskazuję, że Zamawiający w treści SIWZ wyraźnie zaznaczył, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Pzp, pouczył wykonawców o możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, w tym o możliwości złożenia odwołania. W konsekwencji to na Zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za wynik sprawy.

Wskazuję na treść postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2019 r. wydanego w sprawie o sygnaturze akt KIO 1223/19: „Przywołane przepisy wyrażają zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, stanowiącą dopełnienie szczegółowych uregulowań zawartych przede wszystkim w przepisach powołanego aktu wykonawczego, dotyczących zasad orzekania o kosztach postępowania odwoławczego. Skład orzekający, w szczególnych okolicznościach przedmiotowej sprawy, uznał, że odpowiedzialnością za wynik postępowania odwoławczego, choć jest on niekorzystny dla Odwołującego (nie doszło bowiem do merytorycznego rozpoznania odwołania, a zatem roszczenia Odwołującego wynikające z postawionych w odwołaniu żądań nie zostały zaspokojone), należało obciążyć Zamawiającego.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że stwierdzona przez Izbę podstawa odrzucenia odwołania nie była następstwem wadliwego działania Odwołującego, który, przykładowo, wniósł odwołanie po upływie przewidzianego przepisami ZamPublU terminu, czy zaniechał przesłania kopii odwołania zamawiającemu. Przyczyna odrzucenia odwołania wywołana została zachowaniem Zamawiającego, który wszczął i prowadził Postępowanie w oparciu o przepisy ZamPublU. Zamawiający, podejmując

w toku procedury szereg czynności, dla których podstawą były wskazywane przez niego odpowiednie przepisy ZamPublU, utwierdzał wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że Postępowanie prowadzone jest w ustawowym reżimie ze wszystkimi tego konsekwencjami, również w płaszczyźnie możliwości ochrony interesów wykonawcy w drodze środków ochrony prawnej, o których Zamawiający nota bene pouczał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ. Dopiero w warunkach wszczętego przez Odwołującego postępowania odwoławczego Zamawiający skonstatował, że nie jest zobligowany do stosowania przepisów ZamPublU. W konsekwencji skład orzekający przyjął, że za wynik postępowania odwoławczego nie można poczytywać wyłącznie dosłownego rozstrzygnięcia zapadłego w przedmiotowej sprawie, a opisany powyżej całokształt okoliczności ujawnionych w toku postępowania odwoławczego, które do takiego rozstrzygnięcia doprowadziły.”

39. Wpis od odwołania wynosi 10.000 zł zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz.U. z 2018 r. poz. 972). Dowód uiszczenia wpisu od odwołania stanowi załącznik numer 7.
40. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została doręczona Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu stanowi załącznik numer 8 do niniejszego odwołania.
41. Wykaz załączników:
 - 1) Wydruk komputerowy z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Odwołującego.
 - 2) Pełnomocnictwo dla r.pr. Dawida Pantaka.
 - 3) Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
 - 4) Wydruk komputerowy ze strony internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa.
 - 5) Instrukcja obsługi kotłów zaoferowanych przez wykonawcę Instalatorstwo Sanitarne, tj. kotłów o modelu VC 206/5-5, typ ecoTEC plus i modelu 365/5-5, których producentem jest Vailant.
 - 6) Instrukcja instrukcji montażu, eksploatacji i konserwacji naczynia „reflex”.
 - 7) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
 - 8) Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.